FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 22. januar 1998 *

1. Det centrale problem, som Østre Landsret har forelagt Domstolen i denne sag, er, hvorvidt en tobaksrulle med omslag af porøs cellulose, som forbrugeren gør til en cigaret ved at skyde den ind i et separat solgt cigaretpapirhylster, i relation til de fællesskabsretlige bestemmelser om forbrugsbeskatning er en cigaret eller røgtobak.

De relevante fællesskabsretlige og nationale bestemmelser

2. Rådets direktiv 72/464/EØF [1] (herefter »første direktiv«) fastsatte de almindelige principper af strukturel beskaffenhed, som var nødvendige for en harmonisering af forbrugsafgifterne på forarbejdet tobak. I direktivets artikel 3, stk. 1, var forarbejdet tobak defineret som:

»a) Cigaretter

b) cigarer, cerutter og cigarillos

c) røgtobak

d) snustobak

e) skråtobak.«

3. Rådets direktiv 79/32/EØF [2] (herefter »andet direktiv« eller »direktivet«) definerede de forskellige sorter forarbejdet tobak. På tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder bestemte direktivets artikel 3, stk. 1, følgende:

»Som cigaretter betragtes tobaksruller, der kan ryges, som de er, og som ikke i henhold til artikel 2 er cigarer eller cigarillos.«

* Originalsprog: engelsk.

1 — Rådets direktiv 72/464/EØF af 19.12.1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (JO L 303, s. 1; en uofficiel oversættelse af direktivet er optrykt i EF-Karnov 1978, s. 570).

2 — Rådets andet direktiv 79/32/EØF af 18.12.1978 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (EFT 1979 L 10, s. 8).

4. Røgtobak var i artikel 4, stk. 1, defineret som følger:

»Tobak, der er skåret, revet, spundet eller udpresset i plader, og som kan ryges uden yderligere industriel forarbejdning.«

5. Første og andet direktiv blev ændret ved Rådets direktiv 92/78/EØF [3]. Ved dette direktivs artikel 2, stk. 3, ændredes affattelsen af andet direktivs artikel 3, stk. 1, således, at den fik følgende ordlyd:

»1. Som cigaretter betragtes

a) tobaksruller, der kan ryges, som de er, og som ikke er cigarer eller cigarillos i henhold til artikel 2

b) tobaksruller, der ved en simpel, ikke-industriel behandling skydes ind i cigaretpapirhylstre

c) tobaksruller, der ved en simpel, ikke-industriel behandling omvikles med cigaretpapirblade.«

6. Siden er der foretaget en række andre ændringer af første og andet direktiv, der ikke er relevante for den foreliggende sag, men de er nu ved Rådets direktiv 95/59/EF [4] blevet kodificeret i én tekst.

7. De gældende danske bestemmelser på tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder var lov om tobaksafgifter, lovbekendtgørelse nr. 614 af 1988, som ændret ved lov nr. 825 af 1989. Loven indeholdt i § 1 afgiftssatserne for cigaretter, cigaretpapir, røgtobak, skrå og snus. Cigaretter beskattedes med 60,68 øre pr. stk. plus 21,22% af den på cigaretpakningen angivne detailpris. Der sondredes mellem fintskåret og groftskåret tobak. Fintskåret tobak beskattedes langt hårdere, nemlig med 531,00 kr. pr. kg. Cigaretpapir blev beskattet med en afgift på 2 øre pr. stk. Loven indeholdt ikke selv definitioner af de forskellige tobaksprodukter, men i § 33 bemyndigedes skatteministeren til at fastsætte de fornødne regler til gennemførelse af loven, herunder bestemmelser om definitioner på tobaksvarer i overensstemmelse med de bestemmelser, der fastsættes af De Europæiske Fællesskaber. På tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder var der

3 — Rådets direktiv 92/78/EØF af 19.10.1992 om ændring af direktiv 72/464/EØF og 79/32/EØF om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (EFT L 316, s. 5).

4 — Rådets direktiv 95/59/EF af 27.11.1995 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (EFT L 291, s. 40).

ikke fastsat nogen definitioner i medfør af nævnte bestemmelse. Parterne i hovedsagen har imidlertid erklæret, at det kan lægges til grund, at definitionerne af tobaksprodukter i det andet direktiv er umiddelbart anvendelige i dansk ret.

Faktiske omstændigheder og spørgsmålene fra den nationale ret

8. Sagsøgeren i hovedsagen, Brinkmann Tabakfabriken GmbH (herefter »Brinkmann«), er et tysk selskab, som fremstiller og sælger tobaksvarer. I 1988 erhvervede selskabet eksklusiv licensret til i Danmark og andre lande at fremstille og sælge et tobaksprodukt ved navn »Westpoint«. Produktet er en pakke indeholdende 25 g fintskåret røgtobak opdelt i 30 industrielt fremstillede tobaksruller med omslag af porøs cellulose. Hver tobaksrulle er 68,6 mm lang og består af ca. 833 mg fintskåret tobak. Tobaksrullen kan ikke ryges alene ved antænding, men må først beklædes med cigaretpapir. Brinkmann sælger separat særligt udformede cigaretpapirhylstre, der passer til Westpoint-tobaksrullerne. Produktet kan også indhylles i almindeligt cigaretpapir.

9. I april 1989 anmodede Brinkmann's danske distributør om en afgørelse fra et dansk distriktstoldkammer. I henhold til den meddelte afgørelse skulle Westpoint afgiftsbelægges som fintskåret røgtobak. Senere samme år meddeltes en af Brinkmann's konkurrenter en tilsvarende afgørelse fra et andet distriktstoldkammer. Efter at den var blevet påklaget, stadfæstede Told- og Skattestyrelsen afgørelsen, men Momsnævnet, der er den øverste administrative myndighed i afgiftsspørgsmål, og som afgørelsen blev påklaget til, ændrede den. Ved afgørelse af 14. maj 1990, som blev fastholdt ved afgørelse af 23. oktober 1990, fastslog nævnet, at Westpoint skulle beskattes som cigaretter, dvs. efter en højere afgiftssats end for røgtobak.

10. Den 2. april 1990, dvs. kort tid før afgørelsen af 14. maj 1990, lancerede Brinkmann Westpoint på det danske marked. Fire dage senere, nemlig den 6. april 1990, underrettede Momsnævnet Brinkmann's danske distributør om, at sagen var indbragt for nævnet. Under et møde i Momsnævnet den 1. maj 1990 anmodede Brinkmann med henblik på at begrænse sine tab — såfremt Momsnævnets afgørelse måtte gå Brinkmann imod — om, at afgørelsen blev tillagt opsættende virkning, såfremt nævnets afgørelse måtte vise sig at være uforenelig med en dom fra Domstolen. Brinkmann's begæring blev afslået ved nævnets afgørelse af 14. maj 1990 og — selv om den igen blev fremsat under den fornyede behandling af sagen — blev atter afslået ved nævnets afgørelse af 23. oktober 1990.

11. Ved stævning af 8. januar 1991 anlagde Brinkmann sag ved Østre Landsret med påstand om, at Skatteministeriet tilpligtedes at anerkende, at produktet Westpoint skulle beskattes som røgtobak. Selskabet nedlagde også påstand om erstatning for det tab, det havde lidt som følge af, at den højere afgiftssats på tobaksrullerne samt afgiften på cigaretpapiret og hylstrene havde tvunget Westpoint ud af det danske marked.

12. På denne baggrund har Østre Landsret forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal definitionerne i Rådets andet direktiv af 18. december 1978 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (79/32/EØF) som affattet den 14. maj 1990 fortolkes således, at et produkt med følgende karakteristika skal klassificeres som cigaretter eller som røgtobak:

— der er tale om en pakke indeholdende 25 g fintskåret røgtobak opdelt i 30 tobaksruller, som er industrielt fremstillede og har samme størrelse, fasthed og ensartethed fra rulle til rulle

— hver tobaksrulle er 68,6 mm lang og består af ca. 833 mg fintskåret røgtobak indhyllet i et omslag af cellulose, som er udpresset i en tynd plade

— omslaget er så porøst, at tobaksrullen ikke kan ryges, som den er, men først må anbringes i et cigaretpapirhylster eller påføres et almindeligt cigaretpapir, hvilket i begge tilfælde kan gøres uden brug af redskaber.

Hvis spørgsmål 1 besvares med røgtobak, bedes Domstolen besvare følgende spørgsmål:

2) Har en virksomhed efter fællesskabsretten krav på erstatning for ethvert tab, som virksomheden lider som følge af en medlemsstats overtrædelse af fællesskabsretten, der består i, at en myndighed, der har den endelige administrative afgørelse af spørgsmål om, hvilken

afgiftsgruppe en tobaksvare henhører under, har truffet en afgørelse, der strider mod artikel 3, stk. 1, i direktiv 79/32/EØF, og i givet fald under hvilke betingelser ifaldes der ansvar?

4) Har det for besvarelsen af spørgsmål 2 betydning, at myndighederne har afslået at tillægge myndighedens afgørelse opsættende virkning som begæret af sagsøger i tabsbegrænsende øjemed?«

3) a) Er definitionerne af forarbejdede tobaksprodukter i direktiv 79/32/EØF behørigt gennemført i en medlemsstat, hvis skatteministeren ved lov er bemyndiget til at fastsætte bestemmelser om definitioner på tobaksvarer i overensstemmelse med de bestemmelser, der fastsættes af De Europæiske Fællesskaber, når der ikke er udstedt retsforskrifter i medfør af loven?

Spørgsmål 1

13. Brinkmann har anført, at Westpoint skulle klassificeres som røgtobak i henhold til andet direktiv i dettes oprindelige affattelse. Ifølge Skatteministeriet, den finske regering og Kommissionen skulle det klassificeres som cigaretter.

Hvis spørgsmål 3.a) besvares benægtende, anmodes Domstolen om at besvare følgende spørgsmål:

14. Jeg er enig med Brinkmann i, at Westpoint skulle klassificeres som røgtobak. Dette synspunkt støttes af direktivets ordlyd og er i overensstemmelse med dets formål.

3) b) Er det ved besvarelsen af spørgsmål 2 af betydning, at tobaksdirektivets definitioner ikke var gennemført i medlemsstaten, når den nationale myndighed i sin afgørelse har henvist til definitionerne, og parterne i sagen for den forelæggende domstol er enige om, at definitionerne i direktivet er umiddelbart anvendelige?

15. For så vidt angår direktivets ordlyd indeholder det andet direktiv ganske vist ikke en konkret definition af et produkt som Westpoint. Efter min opfattelse ligger produktet

imidlertid nærmere op ad definitionen af røgtobak. Definitionen af begrebet cigaretter er præcis og omfatter tre karakteristika: a) der skal være tale om tobaksruller, b) de skal kunne ryges, »som de er« og c) der må ikke være tale om cigarer eller cigarillos. Det er ubestridt, at Westpoint ikke opfylder betingelsen under b).

16. Røgtobak er derimod defineret som »tobak, der er skåret, revet, spundet eller udpresset i plader, og som kan ryges uden yderligere industriel forarbejdning«. Westpoint har disse karakteristika. Produktet er blevet skåret og kan ryges uden yderligere industriel forarbejdning. Dette gælder, uanset at produktet har det yderligere kendetegn, at det er indhyllet i et omslag af porøs cellulose, hvilket ikke bevirker, at produktet omfattes af definitionen af begrebet cigaretter.

17. Det overbeviser mig ikke, når Skatteministeriet og den finske regering gør gældende, at cigarer undertiden skal have klippet spidsen af, før de kan ryges, og at de derfor for så vidt heller ikke kan ryges, »som de er«. Udtrykket »som de er« indebærer efter min opfattelse, at der skal være tale om et færdigt produkt. Selv om en cigar skal have klippet spidsen af, er den et færdigt produkt. Der skal ikke ske en samling af to produkter, der markedsføres separat.

18. Dette synspunkt støttes af direktivets artikel 3, stk. 1, som ændret ved direktiv 92/78. Denne bestemmelse indeholder tre definitioner af cigaretter, der er uafhængige af hinanden: »tobaksruller, der kan ryges, som de er ...« [litra a)], »tobaksruller, der ved en simpel, ikke-industriel behandling skydes ind i cigaretpapirhylstre« [litra b)], og »tobaksruller, der ved en simpel, ikke-industriel behandling omvikles med cigaretpapirblade« [litra c)]. Denne formulering stemmer ikke med, at der ved direktiv 92/78 snarere skulle være tale om en præcisering end om en udvidelse af definitionen på en cigaret. Bestemmelsen i litra a), den oprindelige bestemmelse, er ikke blevet ændret. Westpoint er ikke klassificeret som en cigaret i henhold til denne bestemmelse, men i medfør af de nye, selvstændige definitioner i litra b) og c).

19. Også overgangsbestemmelsen i artikel 3, stk. 1, hvorefter Forbundsrepublikken Tyskland fortsat kan beskatte de i litra b) nævnte tobaksruller som finskåren røgtobak, taler til støtte for, at Westpoint ikke var omfattet af den oprindelige definition. Den viser i det mindste, at Rådet accepterede, at den oprindelige bestemmelse var tilstrækkelig vid til også at kunne omfatte en sådan fortolkning og således begrunde en overgangsbestemmelse for en medlemsstat, hvor en producent, der var etableret der, havde foretaget investeringer på grundlag af den pågældende fortolkning.

20. At Westpoint ikke opfyldte definitionen af cigaretter i henhold til direktivet i dets oprindelige affattelse, underbygges også af den redegørelse for afgørelser truffet af nationale myndigheder, som den nationale

ret har givet i forelæggelsesbeslutningen. Det fremgår af det oplyste, at produktet blev klassificeret som røgtobak i Tyskland, i Det Forenede Kongerige og, efter at en afgørelse var blevet indbragt for en højere instans, i Nederlandene. Produktet blev også i Danmark klassificeret sådan af to distriktstoldkamre og af Skattestyrelsen. Kun Momsnævnet havde en anden opfattelse.

21. For så vidt angår formålet med de fællesskabsretlige bestemmelser, giver det efter min opfattelse ikke nogen afgørende vejledning. Som Skatteministeriet har anført, er formålet med bestemmelserne at hindre fordrejning af konkurrencevilkårene mellem de forskellige kategorier af tobak, der er omfattet af samme gruppe, jf. femte betragtning til første direktiv. Nogen støtte med hensyn til, hvad der er den bærende tanke bag direktivet, kan hentes i de forklarende bemærkninger til Kommissionens forslag til andet direktiv, der er omtalt i Skatteministeriets indlæg. Kommissionen anførte, at sammenlægningen af røgtobak inden for den samme gruppe begrundes med, at alle disse produkter, også fintskåret tobak, kan ryges i pibe. Kommissionen var imidlertid betænkelig ved, at forbrugerne også kunne anvende fintskåret tobak til at rulle deres egne cigaretter, og at der derfor kunne blive tale om konkurrenceforvridning mellem fintskåret røgtobak og cigaretter. Kommissionen foreslog, at beslutningen herom blev udskudt. Ved artikel 1, stk. 2, i direktiv 92/78 blev der derfor gennemført en ændring af kategorierne af forarbejdet tobak i artikel 3 i første direktiv, idet der herefter sondredes mellem »finskåren tobak til rulning af cigaretter« og »anden røgtobak«. Førstnævnte produkt er defineret i en ny artikel 4a i andet direktiv, der blev indsat ved direktiv 92/78's artikel 2, stk. 4.

22. Det er herefter åbenbart, at baggrunden for problemet i den foreliggende sag er, at der er en latent mulighed for konkurrenceforvridning, såfremt fintskåret røgtobak beskattes efter en lavere afgiftssats end cigaretter. De to produkter konkurrerer i høj grad med hinanden. Dette er måske forklaringen på, at der i Danmark er en afgift på selve cigaretpapiret og på cigaretpapirhylstre som dem, Brinkmann sælger. Med en passende afgiftssats kunne fordelen ved, at afgiftssatsen på fintskåret røgtobak, der anvendes ved rulning af cigaretter, er lavere, formentlig elimineres.

23. Det kan derfor ikke undgås, at Westpoint potentielt konkurrerer med såvel færdigfremstillede cigaretter som med fintskåret røgtobak (der kan anvendes til rulning af cigaretter, enten manuelt eller ved anvendelse af et af de dertil indrettede apparater, der findes på markedet). Muligvis er det forhold, at det er noget lettere at samle en Westpoint, tillokkende for visse forbrugere, der normalt ville foretrække det lettere håndterlige færdigfremstillede produkt, og som ellers ikke ville føle sig fristet til at rulle deres egne cigaretter, uanset prisfordelen. Såfremt Westpoint

blev beskattet som røgtobak, ville den potentielle konkurrenceforvridning mellem cigaretter og fintskåret røgtobak for så vidt blive skærpet. Det er imidlertid vanskeligt at sige, hvor mange rygere, hvis overhovedet nogen, der foretrækker færdigfremstillede cigaretter, som ville føle sig tiltrukket af Westpoint. I mange sociale sammenhænge er det en ulempe, at produktet skal samles. Endvidere må den manuelle behandling og færdighed, der fortsat kræves, og den ulempe, at produktet findes i to forskellige æsker, i praksis antages at bevirke, at det for mange rygere er uinteressant.

— altid uændret smag

— altid ensartede rygningsforhold (rygetid, træk)

— ensartet forudbestemt indhold af skadelige stoffer i forhold til et bestemt cigaretpapirhylster

24. Westpoint konkurrerer formentlig også, eller måske i endnu højere grad, med fintskåret røgtobak. Visse rygere ruller deres egne cigaretter på grund af omstændigheder, der ikke har noget med prisen at gøre, som f.eks. deres eget image. For dem er Westpoint uinteressant (selv om Westpoint ligesom tobak i løs vægt også kan indhylles i cigaretpapir). For rygere, der navnlig ruller deres egne cigaretter, fordi det er billigere, synes Westpoint derimod at være en interessant mulighed (forudsat at prisen er gunstig i forhold til hjemmerullede cigaretter). De egenskaber ved Westpoint, der er omtalt i det danske patentskrift, peger i retning af, at produktet navnlig skulle konkurrere med røgtobak til hjemmerulning af cigaretter. Fordelene var deri angivet som følger:

— ekstrem simpel fremstilling af en cigaret, som direkte kan sammenlignes med en fabriksfremstillet cigaret

— intet tobakscylindersvøb, som skal bortkastes

— gunstigere skattemæssig ansættelse sammenlignet med industrielt forfærdigede cigaretter.«

»— Nøjagtig tobaksdosering på forhånd gennem industriel fremstilling

Den eneste fordel, der er ved Westpoint sammenlignet med cigaretter, nemlig en lavere

afgiftssats, gør sig også gældende for fintskåret røgtobak.

25. Som Kommissionen har understreget, bevirker Westpoint's karakteristika, at det i højere grad minder om en industrielt fremstillet cigaret. For så vidt opfylder det snarere de samme behov som en cigaret. Heroverfor kan det imidlertid anføres, at Westpoint ikke har den mest fremtrædende egenskab, som er karakteristisk for en industrielt fremstillet cigaret, nemlig at den kan ryges, som den er. Såfremt Westpoint som følge af en højere afgift kostede mere eller mindre det samme som cigaretter, må de ovennævnte ulemper antages at afholde forbrugerne fra at købe Westpoint, medmindre de klart foretrækker Westpoint's særlige smag. Dersom Westpoint blev beskattet som en cigaret, såfremt det ikke opfyldte et så væsentligt behov, ville det indebære, at Westpoint ikke længere var konkurrencedygtigt. Såfremt produktet derimod blev beskattet som røgtobak, ville det kunne konkurrere på lige vilkår med fintskåret tobak til hjemmerulning af cigaretter, idet dets særlige fordele i forhold til den nævnte form for tobak ville være attraktiv for nogle, men bestemt ikke alle rygere, som ellers har rullet deres egne cigaretter. Alt taget i betragtning ville en klassificering som røgtobak med andre ord medføre en mindre grad af konkurrenceforvridning.

26. Selv om det synspunkt, Rådet indtog, da det ændrede direktivet, og hvorefter Westpoint i tilstrækkelig høj grad konkurrerede med cigaretter og derfor måtte klassificeres som sådanne, næppe kan siges at være forkert eller urimeligt, mener jeg således ikke, at der af direktivets formål kan udledes afgørende argumenter vedrørende fortolkningen af den oprindelige bestemmelse. Af de samme grunde kan Skatteministeriets henvisning til de principper, Domstolen har opstillet i relation til traktatens artikel 95, ikke bringe os videre. Som den danske regering har anført, fastslog Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Danmark [5] med henvisning til dommen i Rewesagen [6], at ved vurderingen af, om varer er lignende og derfor omfattet af forbuddet i artikel 95, stk. 1, må det undersøges, »om de frembyder ensartede egenskaber og ud fra et forbrugersynspunkt tjener samme behov«. Som allerede nævnt kan det i det mindste anføres, at på grundlag af en sådan vurdering ligger Westpoint nærmere op ad røgtobak end ad cigaretter, idet Westpoint ligesom den nævnte form for tobak mangler den afgørende egenskab ved en cigaret, således som denne er defineret i de fællesskabsretlige bestemmelser, nemlig at den skal kunne ryges, som den er, og for så vidt tjener Westpoint heller ikke samme behov som en industrielt fremstillet cigaret.

27. Sammenfattende er det herefter min opfattelse, at i henhold til andet direktiv i dettes oprindelige affattelse skulle et produkt som Westpoint klassificeres som røgtobak i direktivets artikel 4, stk. 1's forstand.

5 — Dom af 4.3.1986, sag 106/84, Sml. s. 833.

6 — Dom af 17.2.1976, sag 45/75, Rewe, Sml. s. 181.

princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt borgerne på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten (jf. bl.a. dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31, og af 8.10.1996, forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Dillenkofer m.fl., Sml. I, s. 4845, præmis 20).

Spørgsmål 2, 3 og 4

28. Med de øvrige spørgsmål, som mest hensigtsmæssigt kan behandles under ét, ønsker den nationale ret at få oplyst, på hvilke betingelser en medlemsstat ifalder erstatningsansvar for tab, der er lidt som følge af en fejlagtig klassificering af et produkt i henhold til direktivet (spørgsmål 2). I den sammenhæng ønsker retten oplyst, om det herved er af betydning, at myndighederne har afslået at tillægge myndighedens afgørelse opsættende virkning som begæret af sagsøgeren (spørgsmål 4). Den nationale ret har også forelagt spørgsmål om, hvorvidt definitionerne af forarbejdede tobaksprodukter i direktivet er behørigt gennemført, såfremt skatteministeren er bemyndiget til at fastsætte bestemmelser om definitioner på tobaksvarer, men ikke har gjort det [spørgsmål 3.a)]. Såfremt dette spørgsmål besvares benægtende, ønsker retten også oplyst, om det ved besvarelsen af spørgsmål 2 er af betydning, at parterne i sagen er enige om, at definitionerne i direktivet er umiddelbart anvendelige [spørgsmål 3.b)].

I disse domme fastslog Domstolen på baggrund af sagernes konkrete omstændigheder, at fællesskabsretten anerkender en ret til erstatning, såfremt tre betingelser er opfyldt, nemlig at den bestemmelse, der er overtrådt, har til formål at tillægge borgerne rettigheder, at overtrædelsen er tilstrækkelig kvalificeret, og at der er en direkte årsagsforbindelse mellem statens overtrædelse af sin forpligtelse og de skadelidtes tab (ovennævnte domme i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, præmis 51, og i Dillenkofersagen, præmis 21 og 23). Domstolen har særligt fastslået, at disse betingelser skal anvendes på den situation, at en medlemsstat ikke har gennemført et EF-direktiv korrekt i national ret (dom af 26.3.1996, sag C-392/93, British Telecommunications, Sml. I, s. 1631, præmis 40).

29. I denne henseende indeholder Domstolens dom i Denkavit-sagen [7] følgende nyttige redegørelse for de relevante principper:

»Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis følger der af selve traktatens system et

Selv om det i princippet tilkommer de nationale retsinstanser at tage stilling til, om betingelserne for, at medlemsstaternes erstatningsansvar som følge af overtrædelser af fællesskabsretten er opfyldt, bemærkes, at Domstolen i nærværende sag har alle de oplysninger, der er nødvendige for at

7 — Dom af 17.10.1996, forenede sager C-283/94, C-291/94 og C-292/94, Denkavit m.fl., Sml. I, s. 5063.

bedømme, om der kan siges at foreligge en tilstrækkelig kvalificeret overtrædelse af fællesskabsretten.

Det følger af Domstolens praksis, at en overtrædelse er tilstrækkelig kvalificeret, såfremt en institution eller en medlemsstat under udøvelsen af sin kompetence til at udstede generelle retsakter åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser (ovennævnte domme i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, præmis 55, og i Dillenkofer-sagen, præmis 25). Blandt de momenter, der kan tages i betragtning, er særligt, hvor klar og præcis den tilsidesatte bestemmelse er (ovennævnte domme i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, præmis 56, og British Telecommunications, præmis 42)« [8].

30. Inden jeg anvender disse principper i den foreliggende sag, er det hensigtsmæssigt at besvare spørgsmål 3. Det er åbenbart, at den omstændighed, at ministeren bemyndiges til at fastsætte bestemmelser, ikke i sig selv er en passende gennemførelse af direktivet. Det forhold, at de danske myndigheder anvender direktivets definitioner, er imidlertid relevant ved afgørelsen af, om medlemsstaten ifalder erstatningsansvar. Såfremt en medlemsstats myndigheder søger at anvende definitionerne i direktivet, men gør det fejlagtigt, skyldes ethvert deraf følgende tab ikke en manglende gennemførelse af definitionerne i ministerielt fastsatte bestemmelser, men myndighedernes ukorrekte anvendelse af direktivet. I lyset af de ovennævnte principper opstår der herefter det spørgsmål, om Danmark — henset til, at den relevante direktivbestemmelse er klar og præcis — åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine beføjelser.

31. Efter min opfattelse er dette ikke tilfældet. Som Danmark og Kommissionen har understreget, svarer Westpoint ikke nøjagtigt til nogen af de relevante definitioner i direktivet. Produktet falder så at sige mellem to stole. Der kan heller ikke hentes en klar støtte i direktivets formål. Medlemsstaternes myndigheder måtte derfor vælge mellem de to definitioner.

32. Selv om jeg, alt taget i betragtning, går ind for Brinkmann's fortolkning af direktivet, deles den danske regerings synspunkt i den foreliggende sag af Finland og af Kommissionen og ifølge det oplyste også af en nederlandsk toldinspektør. Dette synspunkt kan ikke siges at være uholdbart eller at være blevet valgt mod bedre vidende. Det danske synspunkt, hvorefter klassificeringen som en cigaret er en følge af direktivets formål, indtog Rådet også ved ændringen af direktivet.

8 — Dommens præmis 47-50.

33. Da det var tvivlsomt, hvorledes de omtvistede bestemmelser skulle anvendes på et produkt som f.eks. Westpoint, kan de danske myndigheders tilsidesættelse af bestemmelserne for mig at se ikke anses for tilstrækkeligt kvalificeret til, at der efter ovennævnte afgørelser ifaldes erstatningsansvar. Det er derfor ufornødent at tage stilling til de øvrige betingelser, der skal være opfyldt for, at staten bliver erstatningsansvarlig.

34. For så vidt angår spørgsmål 4 er den omstændighed, at myndigheden afslog at tillægge sin afgørelse opsættende virkning, uden betydning for spørgsmålet om Danmarks erstatningsansvar i den foreliggende sag. I modsat fald ville den administrative beslutningsproces blive lammet, idet administrative myndigheder ikke ville kunne gennemføre deres afgørelser i andre end helt klare tilfælde uden at udsætte sig selv for betydelige erstatningskrav. Når en national ret i en sag som den foreliggende finder, at fortolkningen af en bestemmelse er tvivlsom, kan den forelægge spørgsmål for Domstolen og — forudsat at de nødvendige betingelser er opfyldt — anordne foreløbige forholdsregler, f.eks. i form af udsættelse af opkrævningen af den højere afgift mod, at den afgiftspligtige stiller en passende sikkerhed.

35. Endelig skal jeg bemærke, at da det ikke er blevet gjort gældende, at den danske stat efter dansk ret ville ifalde erstatningsansvar ved en tilsvarende tilsidesættelse af nationale lovbestemmelser, kan den danske stat næppe antages at være erstatningsansvarlig, når henses til princippet om, at krav, der gøres gældende på grundlag af fællesskabsretten, ikke må rammes af mindre gunstige betingelser end krav, der rejses på grundlag af national ret.

Forslag til afgørelse

36. Det er herefter min opfattelse, at de spørgsmål, Østre Landsret har forelagt, bør besvares som følger:

1) Et produkt, der består af en tobaksrulle indhyllet i porøs cellulose, der ikke kan ryges, som det er, men først må anbringes i et cigaretpapirhylster eller påføres et almindeligt cigaretpapir, skulle klassificeres som røgtobak som omhandlet i artikel 4, stk. 1, i Rådets direktiv 79/32/EØF i den affattelse, der var gældende den 14. maj 1990.

2) En medlemsstat, hvis myndigheder ved anvendelsen af definitionerne i direktiv 79/32 fejlagtigt klassificerede et sådant produkt som en cigaret, jf. direktivets artikel 3, stk. 1, er ikke i henhold til fællesskabsretten erstatningsansvarlig for tab som følge af den fejlagtige klassificering, medmindre der under lignende omstændigheder ville opstå et sådant erstatningsansvar ved tilsidesættelse af en national lovbestemmelse.